



**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS DE SEUS  
AGENTES. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA  
NATUREZA SUBJETIVA OU OBJETIVA.**

**Autor: Rita de Cássia de Castro Côrtes Coutinho**

**Orientador: Professor Ilimane Oliveira Fonseca**

Brasília-DF  
2008

***“O Direito não serve senão para se realizar.  
Então, não lhe basta uma pretensão normativa,  
é preciso que se lhe dê efetividade social.”***

***Rudolf Von Ihering***

*Mercê de Deus, e em gratidão pela capacidade com que por Ele fui dotada, dedico este trabalho aos meus pais, Theobaldo e Maria Benedicta, pelos esforços e sacrifícios a mim prestados, com muita dedicação e afeto. Aos meus filhos, Gabriela, Lucas e Pedro, pela motivação que me dão de poder de alguma forma auxiliá-los na busca do saber, ao meu marido, Caio, pela batalha constante, aos meus irmãos, Cláudio e Jussara, pela sincera amizade, e a todos os meus amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram para esta vitoriosa conquista.*

*Agradeço a inestimável colaboração do professor e orientador Ilimane Oliveira Fonseca, pela paciência e atenção com que sempre me recebeu, e ao Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos pela cordialidade e imprescindíveis instruções.*

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo a análise da responsabilidade civil do Estado quanto aos atos omissivos de seus agentes, com ênfase na divergência existente entre doutrina e jurisprudência acerca de sua natureza jurídica – subjetiva ou objetiva. Para tanto, examinar-se-á a evolução história e os aspectos da responsabilidade civil e da responsabilidade extracontratual do Estado, suas excludentes e fundamentos. Finalmente, serão expostos os argumentos utilizados pelos adeptos da teoria subjetiva por atos omissivos, bem como os que dão respaldo à teoria que defende a responsabilidade objetiva estatal, além de tecer algumas considerações acerca da teoria subjetiva. Intentar-se-á demonstrar que o Estado deve ser responsabilizado objetivamente pelos danos que seus agentes causarem aos administrados.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Omissão. Direito Administrativo. Direito Constitucional. Direito Civil. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça.

## **ABSTRACT**

The present monograph aims to analyse civil liability in cases of state agents' omissive acts, emphasizing the divergence between doctrine and case law regarding its juridical nature – subjective or objective. In order to do so, it will be examined the historical evolution and the aspects of civil liability and extracontractual state liability, its exculpations and bases. Finally, it will be explained the argumentations used by the followers of the subjective theory for omissive acts, as well as the reasons that back up the theory that defends state objective liability. It is intended to demonstrate that the state must be liable in an objective manner for the damage its agents cause to the civilians.

**KEY WORDS:** Civil Liability. State Omission. Administrative Law. Constitutional Law. Civil Law. Supreme Court of Brazil. Superior Court of Justice of Brazil.

# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2. RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>11</b>
<b>2.2. Espécies de responsabilidade civil.....</b>	<b>14</b>
2.2.1. Responsabilidade Civil e Penal.....	14
2.2.2. Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	15
2.2.3. Responsabilidade Subjetiva e Objetiva.....	18
<b>2.3. Elementos da Responsabilidade Civil.....</b>	<b>20</b>
2.3.1. Conduta comissiva e omissiva.....	20
2.3.2. Culpa.....	22
2.3.3. Nexo de causalidade.....	23
2.3.4. Dano.....	24
<b>3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>	<b>28</b>
<b>3.1. Teoria da Irresponsabilidade do Estado.....</b>	<b>28</b>
<b>3.2. Teorias Civilistas.....</b>	<b>29</b>
<b>3.3. Teorias Publicistas.....</b>	<b>30</b>
3.3.1. Teoria da Culpa Administrativa.....	31
3.3.2. Teoria do Risco Administrativo.....	32
3.3.3. Teoria do Risco Integral.....	33
<b>4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>35</b>
<b>4.1. Fundamentos da Responsabilidade Estatal.....</b>	<b>37</b>

<b>5. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE.....</b>	<b>38</b>
<b>5.1. Culpa Exclusiva ou Concorrente da Vítima.....</b>	<b>38</b>
<b>5.2. Fato de Terceiro.....</b>	<b>40</b>
<b>5.3. Caso Fortuito ou de Força Maior.....</b>	<b>41</b>
<b>6. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS DE SEUS AGENTES.....</b>	<b>43</b>
<b>6.1. Divergência Doutrinária.....</b>	<b>43</b>
<b>6.2. Divergência Jurisprudencial.....</b>	<b>48</b>
<b>6.3. Considerações acerca da natureza objetiva da responsabilidade do Estado por atos omissivos.....</b>	<b>57</b>
<b>7. CONCLUSÃO.....</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>65</b>



# 1. INTRODUÇÃO

Responsabilidade civil é a obrigação que todo sujeito de direito tem de reparar o dano produzido na esfera jurídica de outrem. Cabe a quem causou o dano recompor a situação patrimonial anterior. O princípio que a sustenta é o da *restitutio in integrum*. É princípio fundamental de justiça, a evitar o enriquecimento sem causa de alguns, em detrimento de outros.

Contudo, em consideração ao Estado, por muito tempo prevaleceu a sua mais absoluta irresponsabilidade diante das lesões que viesse a causar. Apenas com o surgimento do Estado de Direito, interferindo mais na sociedade, na busca da justiça e do bem-estar social, o ente estatal reconhecido como sujeito de direitos e obrigações, submetido à ordem jurídica estabelecida, começou a ser responsabilizado por seus atos.

No Direito brasileiro, o princípio da responsabilidade civil do Estado sempre se fez presente. Inicialmente adotava-se a teoria da culpa civil, segundo a qual só haveria responsabilidade do Estado mediante a comprovação de culpa do funcionário. Com o advento da Carta Magna de 1946, inseriu-se em nosso ordenamento jurídico a responsabilização extracontratual do Estado, regida pela teoria objetiva.

A Constituição de 1967, no art. 105, seguiu a mesma linha, veja-se:

As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa e dolo.<sup>1</sup>

Na Carta Magna atual, a responsabilidade objetiva do Estado vem consagrada em seu art. 37, § 6º, que assim prescreve: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa*

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado: 1967.

*qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.*<sup>2</sup>

Contudo a responsabilidade extracontratual do Estado por atos omissivos apresenta-se no ordenamento pátrio como tema dos mais controversos e de alto grau de complexidade, considerando o grande número de aspectos que a caracterizam.

A dificuldade reside no fato de que respeitáveis posições doutrinárias e jurisprudenciais restringem o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado, prescrita no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, aos atos omissivos. Sob essa ótica, apenas os atos comissivos que ocasionassem o dano ensejariam tal responsabilização.

O interesse pelo debate sobre a responsabilidade do Estado face aos atos omissivos surgiu exatamente pela existência das contradições jurídicas sobre qual é a sua natureza jurídica – subjetiva ou objetiva – e a necessidade de verificar-se qual o entendimento mais coerente a ser seguido.

Buscando atingir da melhor forma possível o objetivo desse estudo, fez-se necessária a divisão em cinco tópicos. O primeiro tópico aborda o conceito, a evolução histórica e as espécies de responsabilidade civil. O segundo trata da responsabilidade civil do Estado e suas teorias. O terceiro analisa a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no Direito brasileiro e seus fundamentos. O quarto examina as excludentes de responsabilidade. O último tópico é dedicado a análise da responsabilidade civil do Estado nas condutas omissivas de seus agentes tendo por escopo a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a sua natureza, apresentado os argumentos das principais correntes doutrinárias.

Pretende-se, por meio do presente trabalho, fornecer uma pequena contribuição ao estudo e compreensão do tema responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1. Conceito e evolução histórica

A palavra "responsabilidade", de acordo com o vocabulário jurídico, origina-se do latim *respondere*, que tem por significado responsabilizar-se, garantir, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou, ou do ato que praticou. É a obrigação que toda pessoa de direito tem de reparar o dano causado a outrem, seja por comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho *"responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário"*.<sup>3</sup> Conclui-se que havendo a inobservância de um dever jurídico configura-se o *ilícito* que traz como consequência um dano, gerando um novo dever jurídico, qual seja o de reparar o prejuízo. Se alguém contrata com uma pessoa para prestar-lhe algum serviço, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Caso deixe de realizar o serviço estará violando o dever jurídico originário, que acarretará o dever de ressarcir o prejuízo causado pelo não-cumprimento. Tem-se aí o dever jurídico sucessivo que é a responsabilidade civil.

Nos primórdios da humanidade, o que dominava era a vingança coletiva que se caracteriza pela reação do grupo ao qual o ofendido era ligado contra a pessoa que cometera o ato ilícito. Posteriormente, a reparação do dano resumia-se na retribuição do mal pelo mal, pena de talião, "olho por olho, dente por dente". Neste caso, o poder público intervinha apenas para ditar como e quando a vítima poderia ter o direito de retaliação, ensejando no lesante dano idêntico ao que foi produzido, conforme era previsto na Lei das XII Tábuas, na

---

<sup>3</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 2.

Tábua VII, em seu mandamento "*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*", que significa "*se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo*". A responsabilidade, nesse período, era objetiva, não dependia da comprovação da culpa. No entanto, a vingança privada, como forma de restabelecer o dano, acabava por trazer um resultado diferente do que se esperava; visto que, com ela, não havia reparação alguma, mas, duplo dano, redobrada lesão, a da vítima e a de seu ofensor, depois de punido.<sup>4</sup>

Após esse período surgiu o da composição, que seria a reparação do dano por meio da prestação da *poena*, que era pagamento de certa quantia em dinheiro. A lei Aquiliana sedimentou a idéia da reparação pecuniária, em razão do valor da *res*, e introduziu os primeiros alicerces da reparação civil calcada na culpa. Diante disso, seria necessária a comprovação da conduta culposa do agente para atribuir o dano, caso contrário, este se isentaria de qualquer responsabilidade. Aqui, o Estado passou a intervir nos conflitos privados, obrigando a vítima a aceitar a composição e determinando o valor a ser pago pelos prejuízos causados. Com a *Lex Aquilia de damno*, a punição legal impregnada do sentimento de represália cedeu à pena pecuniária, cujo pagamento constitui, de fato, reparação do dano causado e cuja idéia é precursora da moderna indenização por perdas e danos.

A teoria da responsabilidade civil se concretizou por intermédio da doutrina, principalmente a desenvolvida pelo jurista francês Domat, responsável pelo Princípio da Responsabilidade Civil, que influenciou quase todas as legislações fundamentadas na culpa. A partir daí, princípios gerais foram surgindo fazendo com que a responsabilidade civil evoluísse em relação ao seu fundamento, baseando-se não só numa responsabilidade subjetiva - quando houvesse culpa - como também sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco.

---

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º Volume. 20ª ed., revisada e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 11.

Para os partidários da teoria do risco, o responsável pelo dano é aquele que materialmente o tenha causado; não se baseia na culpa, mas no fato material da causalidade, consoante o princípio de que quem tira o proveito do negócio deve correr o risco dele decorrente. Esta teoria, além da subjetiva, acabou sendo adotada pelo direito brasileiro, como se pode ver do art. 186 e da art. 927, parágrafo único, do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 (...)

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.<sup>5</sup>

Segundo a concepção atual, a responsabilidade civil tem como elemento principal uma conduta espontânea violadora de um dever jurídico. Ensejando para o agente, quando acarreta dano para outrem, o dever de responder pelas conseqüências jurídicas daí decorrentes.

O princípio que sustenta a responsabilidade civil contemporânea é o da *restitutio in integrum*, isto é, o dano causado pelo ato ilícito provoca uma necessidade fundamental de se restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Tanto quanto possível, repõe-se à vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz por meio de uma indenização fixada em proporção ao dano. Portanto, a responsabilidade civil possui dupla função: "a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos".<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> BRASIL. **Código Civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º Volume. 20ª ed., revisada e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 9.

## 2.2. Espécies de Responsabilidade Civil

De acordo com os ensinamentos do insigne jurista Sérgio Cavalieri Filho *"a responsabilidade tem por elemento nuclear uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, torna-se, então, possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta"*.<sup>7</sup>

Portanto, faz-se necessário o estudo de cada uma das várias espécies de responsabilidade civil para um melhor entendimento sobre o assunto.

### 2.2.1. Responsabilidade Civil e Penal

Sabe-se que quando o agente comete um ato ilícito penal, viola uma norma de ordem pública, perturbando a sociedade, que reage aplicando-lhe uma pena por intermédio do Estado. E quando comete um ato ilícito civil, viola uma norma de direito privado, causando dano a alguém. Neste caso, cabe à vítima exigir indenização do causador do dano e se não o fizer, nenhuma consequência ele sofrerá.

Não há uma diferença substancial entre o ilícito civil e penal. Sérgio Cavalieri sustenta que: *"A separação entre uma e outra ilicitude atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçãoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço."*<sup>8</sup>

O mesmo autor, citando Beling, afirma que este *"já acentuava que a única diferença entre ilicitude penal e a civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor*

---

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 13.

<sup>8</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 14.

*gravidade ou imoralidade de um em cotejo com outra. O ilícito civil é um minus ou residuum em relação ao ilícito penal.” Ou seja, “aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves.”*<sup>9</sup>

Desta maneira é possível que uma determinada conduta possa, ao mesmo tempo, refletir em uma violação à lei penal e à civil. Veja-se: num acidente de carro com vítima fatal, em que o motorista tenha agido com imprudência, ficará sujeito a uma sanção penal pelo homicídio culposo, como também, estará obrigado a indenizar à família da vítima – sanção civil.

Entende o insigne jurista Sérgio Cavalieri que por ser o ilícito e a culpa penal mais grave que a civil é que a sentença penal condenatória faz coisa julgada no Cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente do crime, consoante os arts. 91, I, do Código Penal, 63 do Código de Processo Penal e 584, II, do Código de Processo Civil.<sup>10</sup>

## 2.2.2. Responsabilidade contratual e extracontratual

A doutrina salienta que o dever de indenizar proveniente da prática de um ato ilícito pode decorrer tanto de um inadimplemento contratual, ou de uma simples ofensa à norma jurídica ou violação de um direito. Dessa forma, a teoria clássica divide a responsabilidade em contratual e extracontratual.

A responsabilidade contratual rege-se pelos princípios gerais dos contratos e decorre da inadimplência de um contrato, celebrado mediante vontade comum dos contratantes, “é

---

<sup>9</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 14.

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 14.

*uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente*”<sup>11</sup> onde caberá ao credor a demonstração do descumprimento da obrigação contratual em questão, cabendo ao devedor o ônus da prova.

Já a responsabilidade extracontratual, também chamada *aquiliana*, “*compreende, por seu turno, a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos da personalidade ou aos direitos de autor*”.<sup>12</sup> Portanto, são todos os tipos de violação não relacionados a contrato e baseia-se na premissa da culpa *latu sensu*, que inclui o dolo por ação ou omissão que cause lesão a determinada pessoa, conforme dispõe o art. 186 do Código Civil: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”<sup>13</sup> Por esta responsabilidade a comprovação da culpa ficará ao encargo da vítima.

Na doutrina há críticas acerca desta dicotomia, entendendo os defensores da teoria unitária que os efeitos são os mesmos, não importando os aspectos de onde provém a responsabilidade civil.

Para Sílvio Rodrigues a teoria clássica ou dualista deverá ser mantida, tanto para efeito didático como para melhor entendimento, “*pois sob alguns ângulos práticos ela se justifica amplamente.*”<sup>14</sup>

E demonstra a necessidade da manutenção desta teoria exemplificando:

---

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º Volume. 20ª ed., revisada e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 130.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 25.

<sup>13</sup> BRASIL. **Código Civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>14</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. V. 4. Responsabilidade civil. 20 ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.



Em matéria de prova, por exemplo, na responsabilidade contratual, demonstrado pelo credor que a prestação foi descumprida, o *onus probandi* se transfere para o devedor inadimplente, que terá que evidenciar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, ou outra excludente da responsabilidade capaz de eximi-lo do dever de indenizar, enquanto, se for aquiliana a responsabilidade, caberá à vítima o encargo de demonstrar a culpa do agente causador do dano.

Em matéria de capacidade também diversas são as posições. Assim, no menor púbere só se vincula contratualmente assistido por seu representante legal e, excepcionalmente sem ele, se maliciosamente declarou-se maior (CC, art. 180); portanto, só pode ser responsabilizado por seu inadimplemento nesses casos; na responsabilidade aquiliana, entretanto, cumpre-lhe reparar o prejuízo sempre, pois se equipara ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos em que for culpado (CC de 1916, art. 156).<sup>15</sup>

Já o ilustre mestre Sérgio Cavalieri Filho entende que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, não há mais distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que diz respeito à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, estando, assim, superada esta dicotomia:

Ao equiparar o consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança - o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo.<sup>16</sup>

O Código Civil Brasileiro acolheu a teoria clássica e regulou a responsabilidade extracontratual no seu art. 186, enquanto que a responsabilidade contratual encontra-se regulada no art. 389.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. V. 4. Responsabilidade Civil. 20 ed. Revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.

<sup>16</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 16.

<sup>17</sup> BRASIL. **Código Civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Art. 389. “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

### 2.2.3. Responsabilidade subjetiva e objetiva

No início da humanidade, de acordo com a doutrina, a responsabilidade era objetiva, independia de culpa. Mas essa responsabilidade nada tem a ver com a responsabilidade objetiva existente hoje em dia, fundada no risco. Era calcada na idéia de vingança. Com o passar do tempo, essa idéia foi sendo deixada de lado, passando a se exigir a culpa do autor do dano.<sup>18</sup>

A culpa passou então a ser o fundamento da responsabilidade civil, segundo a teoria clássica ou "subjetiva". Desta forma, para que houvesse o dever de reparar o dano, era necessário que a vítima comprovasse a culpa do agente, caso contrário não teria por que falar em dano indenizável. Tem-se aí a responsabilidade subjetiva esteada na idéia de culpa.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho *“A idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir.”*<sup>19</sup>

Rui Stoco assim a define:

A culpa, em sentido amplo, tanto pode ser a expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em razão de aodamento, de desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem intenção de prejudicar.<sup>20</sup>

Portanto, à noção de culpa tem sentido amplo (*lato sensu*), sendo uma conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso. Tal conceito abrange toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 29-30.

<sup>19</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 16.

<sup>20</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 134

intencional como no dolo; ou não intencional como na culpa em sentido estrito.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou, em sede de responsabilidade civil, prevista no art. 186 do Código Civil, que corresponde ao art. 159 do diploma de 1916, a teoria subjetiva ao exigir a culpa como fundamento de reparação do dano.

Com o desenvolvimento da indústria, da tecnologia e o crescimento populacional, ocorreu um aumento inevitável de situações que fizeram com que a idéia da culpa se tornasse insuficiente para solucionar o problema da responsabilidade, visto que os lesados encontravam dificuldades em aferir provas da culpabilidade do agente causador do dano. Tornou-se necessário conferir maior proteção legal às vítimas. Surge, então, em diversos países, principalmente na França, importantes trabalhos a respeito de uma responsabilidade objetiva fundada no risco.<sup>21</sup>

A responsabilização, na teoria do risco, não leva em conta a culpa do agente, bastando à demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente para que o prejuízo por ele causado seja indenizado.

De acordo com Maria Helena Diniz:

A responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador.<sup>22</sup>

Embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha adotado o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade, a responsabilidade objetiva se faz presente. O que vale dizer que a responsabilidade subjetiva não afastou a objetiva. A adoção da responsabilidade

---

<sup>21</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 16.

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º Volume. 20ª ed., revisada e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 56.

objetiva deve ser observada nos casos e limites previstos em leis especiais, como prescreve o parágrafo único do art. 927 do Novo Código Civil.<sup>23</sup>

## 2.3. Elementos da Responsabilidade Civil

Para que se conheçam os elementos formadores da responsabilidade civil, mister que se faça uma análise do art. 186 do Código Civil: *“Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.<sup>24</sup>

Portanto, verifica-se a existência de quatro requisitos essenciais para que se apure a responsabilidade civil subjetiva: conduta comissiva ou omissiva, culpa ou dolo do agente, nexo de causalidade e dano sofrido pela vítima.

### 2.3.1. Conduta comissiva ou omissiva

Conduta é a exteriorização de uma atitude humana que, voluntariamente, por ação ou inércia se demonstre contrária ao direito, resultando em um dano material ou moral.

O doutrinador Sérgio Cavalieri a define como *“o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”*.<sup>25</sup>

A conduta pode ser comissiva que se consubstancia numa ação que se materializa no plano concreto através de um ato positivo; ou omissiva que, diferente daquela, revela-se num

---

<sup>23</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 30.

<sup>24</sup> BRASIL. **Código Civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 24.

ato negativo, ou seja, numa conduta contrária ao que se espera demonstrando ser relevante para o ordenamento jurídico, de forma a atingir bem juridicamente tutelado, resultando daí o evento danoso.

Cavaliere Filho entende que a omissão só tem relevância jurídica, dando ensejo à responsabilidade do agente, “*quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*”.<sup>26</sup> Tal dever pode decorrer da lei, do negócio jurídico ou de conduta anterior do agente que omitiu, criando situações de risco, por isso tem o dever de impedi-lo.

Tanto a conduta comissiva quanto a omissiva pode decorrer de ato próprio, ou seja, como o nome já diz a conduta é praticada pelo agente causador do dano, por exemplo, quando o agente mata, difama alguém etc.; por ato de terceiro, quando o dano causado foi praticado por alguém que está sob a sujeição de uma determinada pessoa, ficando esta obrigada a reparar o dano causado por aquela. Desta forma os pais respondem pelos atos praticados por seus filhos menores, os tutores pelos atos praticados por seus tutelados, as pessoas jurídicas de direito público, ou empresas prestadoras de serviços, pelos atos praticados por seus servidores, etc.

Pode surgir também o dever de reparar para o agente, por danos causados por animais ou coisas que estejam sob sua guarda, bem como os danos decorrentes de coisas que tombem de sua morada. Esse tipo de responsabilidade geralmente objetiva.

---

<sup>26</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 24.

### 2.3.2. Culpa

Conceituar culpa, para diversos autores, não é tarefa simples. José Cretella Júnior, citado por Rui Stoco, admite que a atitude de aventurar um conceito de culpa revela-se intrincada argumentando:

Estabelecer o conceito de culpa – a *faute* dos franceses – não é tarefa simples, pelo uso, mais ou menos freqüente, que se tem feito do vocábulo, ora no sentido subjetivo de “reprimenda” ou “censura moral” que se faz ao agente, ora na acepção objetiva de “infração” a determinado esquema ou estrutura.<sup>27</sup>

Já para o insigne jurista Sérgio Cavalieri Filho a dificuldade da teoria da culpa está na caracterização precisa da infração do dever de cuidado objetivo; qual seja a devida cautela, atenção e diligência com que o indivíduo, vivendo em sociedade, pauta a sua conduta, para que o seu atuar, mesmo que lícito, não resulte lesão a bens jurídicos alheios. Afirma que:

A inobservância desse dever de cuidado torna a conduta culposa – o que evidencia que a culpa é, na verdade, uma conduta deficiente, quer decorrente de uma deficiência da vontade, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais. Exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo.<sup>28</sup>

Desta forma, procede com culpa quem age num primeiro momento lícitamente, mas por não adotar a conduta adequada, acaba por praticar ato ilícito. É *“uma conduta mal-dirigida a um fim lícito; uma conduta inadequada aos padrões sociais; ato ou fato que uma pessoa prudente e cautelosa não teria praticado.”*<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 134.

<sup>28</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 33.

<sup>29</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 33.

É, portanto, o que distingue a culpa simples do dolo. Este se caracteriza na vontade consciente do agente em violar o direito com o objetivo de alcançar o fim ilícito, enquanto que aquela se consubstancia num procedimento voluntário onde, através de um fazer ou não fazer, em que, não objetivando um resultado, nem assumindo a tarefa de produzi-lo, o agente deixa de observar preceitos mínimos, previsíveis, que deve ou deveria ter ciência, alcançando um resultado danoso.

Todo fato previsível pode ensejar uma conduta – ação ou omissão – donde poderá decorrer o dever de indenizar por um eventual resultado danoso. É pela previsibilidade da culpa que se afere o grau de atenção do homem médio. Portanto, “*A obligatio ad diligentiam é aferida pelo padrão médio de comportamento, um grau de diligência considerado normal, de acordo com a sensibilidade ético-social*”.<sup>30</sup>

A exteriorização da culpa pode se dar de três formas: imprudência, que se revela pela absoluta falta de consciência quanto ao resultado futuro ao praticar determinada conduta. Age com imprudência aquele que, através de uma conduta, afasta-se do mínimo que a diligência exige. Negligência que se caracteriza pela falta de cuidado por omissão. Sintetiza, pois, um proceder negativo, uma abstenção; e imperícia que consiste na falta de conhecimento técnico para a prática de um ato, ou na omissão de providência que se fazia necessária.<sup>31</sup>

### 2.3.3. Nexo de causalidade

Nexo de causalidade é o elo existente entre a conduta e o resultado. Inexistindo esta ligação, não há que se falar em obrigação de indenizar.

---

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19-20.

<sup>31</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 36-37.

Sérgio Cavalieri defende que não há para o agente a obrigação de indenizar determinado dano, sem que entre este e a conduta fique demonstrada a ocorrência de um nexo de causalidade. Para ele nexo de causalidade *“é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”*.<sup>32</sup>

É preciso ter certeza que, sem tal fato, o dano não teria acontecido. O nexo de causalidade é um elemento primordial entre a conduta e o resultado, pois é através dele que se conclui quem causou efetivamente o dano. Como bem apregoa o mestre Sérgio Cavalieri *“pode haver responsabilidade sem culpa, como teremos oportunidade de ver quando estudarmos a responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal”*.<sup>33</sup>

#### 2.3.4. Dano

O dano se configura pelo prejuízo resultante da prática de uma conduta omissiva ou comissiva.

Da mesma forma que não existe responsabilidade sem nexo causal, também não existe responsabilidade, subjetiva ou objetiva, sem que haja o dano mesmo que a conduta tenha sido culposa ou até mesmo dolosa.

Constitui num elemento indispensável para a caracterização do dever de indenizar, é pré-requisito essencial que justifica o dever de ressarcir ou compensar o prejuízo causado a

---

<sup>32</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 46.

<sup>33</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 46.



outrem, no dizer de Cavalieri Filho “indenização sem dano, importaria enriquecimento ilícito”.<sup>34</sup>

O dano deve ser reparado completamente pelo seu causador a fim de que o lesado possa retornar ao *status quo ante*, ou seja, retornar, tanto quanto possível, à situação antes do evento danoso. Constitui a verdadeira função da responsabilidade civil. Entretanto, em algumas situações isto não é possível, como se pode verificar nos casos de violação a direitos da personalidade. Aqui, busca-se a recompensa por meio de pagamento de indenização em dinheiro, visando compensar, ao menos minimizar a dor causada à vítima.

A doutrina divide o dano, quanto à sua manifestação, em materiais ou patrimoniais e imateriais ou morais. E o conceitua, no dizer de Sérgio Cavalieri, como sendo:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.<sup>35</sup>

Portanto, material, como o próprio nome demonstra, é o dano exteriorizado num prejuízo visível, mensurável, donde se possibilita apuração, recaindo sobre o patrimônio do sujeito passivo. Abrange o dano emergente e o lucro cessante.

Dano emergente é o que efetivamente a vítima perdeu. É a imediata diminuição do patrimônio da vítima em virtude de um ato ilícito. A indenização terá que ser suficiente para que se tenha a *restitutio in integrum*.

Lucro cessante é o que a vítima deixou de perceber em virtude do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo, num acidente de veículo, em que este é a ferramenta de trabalho - táxi, a vítima, enquanto o veículo esta no conserto, impossibilitada de trabalhar deixa de perceber o rendimento esperado de seu trabalho naquele período. Consiste, portanto, “na

<sup>34</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 71.

<sup>35</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 71.

*perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima.”*<sup>36</sup>

O lucro cessante deve sempre ser pautado pelo princípio da razoabilidade, sendo expressa a determinação legal neste sentido, hoje prevista no *caput* do art. 402 do Código Civil: “*Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.*”<sup>37</sup>

Dano moral é a “*lesão de um bem integrante da personalidade; violação de bem personalíssimo, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, vexame, sofrimento, desconforto e humilhação à vítima*”<sup>38</sup>. Deste modo, o dano moral não se reveste de caráter pecuniário.

O grande mestre Rui Stoco consagra que:

Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma, no dizer de Teresa Ancona, direitos esses insuscetíveis de serem avaliados em dinheiro.<sup>39</sup>

Sergio Cavalieri Filho nos ensina que:

*À luz da constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.*<sup>40</sup>

<sup>36</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 72.

<sup>37</sup> BRASIL. **Código Civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>38</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 2ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 93.

<sup>39</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 1612.

<sup>40</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 76-77.

Entretanto, apesar da inexistência de uma perda ou diminuição patrimonial acarretada diretamente pela ação ou omissão ilícita, o dano moral normalmente é compensado pela indenização pecuniária, tendo cunho satisfatório, na medida em que a indenização paga visa tão somente compensar ou ao menos minimizar a dor sofrida pela vítima.

### 3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

É entendimento pacífico no ordenamento jurídico brasileiro que o Estado no exercício da atividade pública pode vir a causar danos aos seus administrados, seja através de atos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, gerando-lhe o dever de reparar tais prejuízos. Mas isto nem sempre foi assim, houve uma longa e lenta evolução acerca da responsabilidade estatal.

#### 3.1. Teoria da Irresponsabilidade do Estado.

À época dos Estados absolutistas vigia a teoria da irresponsabilidade do estado por danos causados por seus agentes aos administrados, por ser incompatível com a idéia de soberania que existia.

O Estado, perante seus súditos, tinha uma autoridade ilimitada e incontestável. Prevaleciam princípios tais quais: “o rei não erra” (*The king can do no wrong*), “O Estado sou eu” (*L’Etat c’est moi*), “O que agrada ao príncipe tem força de lei” etc.<sup>41</sup>

Distingua-se o Estado do funcionário por achar que se tratava de sujeitos distintos. Aquele, por ser pessoa jurídica, age por intermédio destes. Desta forma, quando ocorria um dano, o administrado só podia ingressar com a ação contra aquele que executou o ato - o funcionário, o que acarretava, muitas das vezes, uma frustração ante a insolvência do funcionário. Desta forma, o Estado se mantinha distante dos problemas.

No século XVIII, as idéias de liberdade dominantes à época transformaram profundamente a concepção de Estado. Com procedimentos de contenção do poder e

---

<sup>41</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 219.

limitando a sua atuação, substitui-se o Estado absolutista pelo Estado de Direito, onde todos, inclusive o Estado, devem se submeter à Lei.

Amaro Cavalcanti, citado por José de Aguiar Dias, bem elucida este posicionamento ao assim escrever:

O direito é a regra de conduta e proceder, tanto dos indivíduos, como do Estado; conseqüentemente, assim como sucede com os indivíduos, assim também deve o Estado, em princípio, responder pelos próprios atos – salvo se uma razão jurídica superior fizer cessar ocasionalmente a sua responsabilidade.<sup>42</sup>

Passou-se, então, a submeter o Estado ao comando da lei, procurando responsabilizá-lo pelos causados aos cidadãos.

### 3.2. Teorias Civilistas

A doutrina civilista da culpa surgiu da necessidade imediata de responsabilizar o Estado dos danos causados aos cidadãos. Procurava-se distinguir os atos de império dos atos de gestão. Desta forma, quando no desempenho de um ato de gestão, o Estado viesse a acarretar danos ao particular, poderia vir a ser civilmente responsabilizado. Já na produção de um ato de império, por tratar-se de cumprimento de normas de Direito Público, não acarretaria responsabilidade.

O saudoso doutrinador Hely Lopes Meirelles distinguia tais atos como sendo: “*Atos de império ou de autoridade são todos aqueles que a administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento.*”<sup>43</sup>  
Exemplo: desapropriações, ordens estatutárias. “*Atos de gestão são os que a Administração*

---

<sup>42</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.557

<sup>43</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 161.

*pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. Tal ocorre nos atos puramente de administração de bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados.”*<sup>44</sup>

O mesmo doutrinador ressalta que atualmente não há mais fundamento para tal distinção, veja-se:

Pela atual teoria da responsabilidade objetiva, não há mais fundamento para essa sibilina distinção. Todo ato ou omissão do agente administrativo, desde que lesivo injusto, é reparável pela Fazenda Pública, sem se indagar se provém do *ius imperi* ou do *ius gestionis*, uma vez que ambos são formas de atuação administrativa”.<sup>45</sup>

A teoria dos atos de império e de gestão tornou-se insatisfatória e foi substituída pela teoria da culpa civil, segundo a qual, o Estado responderia por qualquer ato, contanto que fosse demonstrada a culpa do agente.

As teorias civilistas eram injustas, pois o lesado teria que comprovar a culpa para ver-se ressarcido dos prejuízos, o que por vezes era impossível, ficando, assim, sem a devida reparação. No entanto, representou um grande passo para responsabilização do Estado, antes totalmente alheio a qualquer dano.

### 3.3. Teorias Publicistas

Afastada a teoria da culpa, o problema da responsabilidade estatal passou ser resolvido por critérios mais objetivos. A jurisprudência francesa foi precursora na

---

<sup>44</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 162.

<sup>45</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 628.

elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público, com o julgamento do caso Blanco, pelo Tribunal de Conflitos.<sup>46</sup>

Nessa terceira fase, surgem as teorias publicistas, recepcionadas em três correntes distintas: a teoria da culpa administrativa; teoria objetiva do risco administrativo e teoria objetiva do risco integral.

### 3.3.1. Teoria da Culpa Administrativa

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa *individual* para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a *culpa* do serviço ou “falta do serviço”, quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.<sup>47</sup>

Portanto, a obrigação que o Estado tem em indenizar o dano causado, para esta teoria, decorre da ausência objetiva do serviço público. Aqui, não se trata de culpa do agente público, mas de culpa especial do Poder Público que se caracteriza pela falta do serviço.

Neste caso, cabe à vítima comprovar a inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou seu retardamento, para imputar ao Estado o dever de reparar os prejuízos eventualmente causados, admitindo-se, em muitos casos, a presunção de culpa do Estado, compelindo-o a comprovar que o serviço funcionou regularmente.

---

<sup>46</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 976.

<sup>47</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 976-977.

### 3.3.2. Teoria do Risco Administrativo

Para Sérgio Cavalieri Filho, “*risco é a probabilidade de dano, importando isso dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente.*”<sup>48</sup>

Pela teoria do risco o dever de reparar o dano independe da comprovação da culpa. Seu fundamento está no risco que atividade administrativa gera para os seus administrados e nos danos acarretados para certos indivíduos e não suportados pelos demais. Prima, desta maneira, por uma isonomia entre todos os administrados, vez que, o Estado, no desempenho de suas atividades, visa à coletividade, nada mais justo, portanto, que seja repartido entre todos os prejuízos suportados por alguns.

Portanto, a responsabilidade civil do Estado é de natureza objetiva, onde este fica obrigado a reparar os prejuízos causados por seus agentes, bastando para tanto que se verifique a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.<sup>49</sup>

Para Celso Bandeira de Mello a responsabilidade objetiva é:

A obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.<sup>50</sup>

No entanto, adverte o jurista Sérgio Cavalieri Filho que:

---

<sup>48</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 2ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 143.

<sup>49</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 2ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 239.

<sup>50</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 979-980.



Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.<sup>51</sup>

Portanto, a dispensa de verificação de culpa do Poder Público pelo administrado não quer dizer que o Estado deverá sempre indenizar. Esta teoria admite a comprovação de excludentes de nexo de causalidade – culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior – para que a Administração Pública se exima da responsabilidade, ou até mesmo atenuá-la nos casos de culpa concorrente da vítima.

### 3.3.3. Teoria do Risco Integral

A teoria do risco integral, para Diógenes Gasparini, é aquela que obriga o Estado, desde que esteja envolvido no evento, a indenizar todo e qualquer dano, não se indagando a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permitindo qualquer nova prova visando a elidir essa responsabilidade.<sup>52</sup>

Essa teoria seria uma versão radical da teoria do risco administrativo, pois o Estado seria responsabilizado em todas as circunstâncias, ainda que houvesse a comprovação da culpa da vítima. Bastaria, para tanto, a ocorrência do dano à esfera jurídica do administrado decorrente de atividade Estatal.

Em resumo, tal teoria não admite as excludentes de nexo de causalidade como fonte de isenção de responsabilidade Estatal, o que parece inaceitável, visto que a responsabilidade

---

<sup>51</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 2ª.ed. São Paulo : Malheiros, 2000 , p. 239.

<sup>52</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 622.

objetiva presume a ocorrência do dano e a existência do nexo causal; rompido o liame causal entre a ação do Estado e o dano não há que se falar em responsabilidade estatal.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 2<sup>a</sup>.ed. São Paulo : Malheiros, 2000 , p. 241.

## 4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

Na doutrina, é pacífico o entendimento que o Direito brasileiro nunca consagrou a tese da irresponsabilidade do Estado. Mesmo quando não havia normas expressas, a doutrina e jurisprudência defendiam a tese da responsabilidade estatal como princípio geral e fundamental do Direito.

A Constituição de 1824, em seu artigo 179, XXIX<sup>54</sup>, e a Primeira Constituição da República de 1891, em seu artigo 82<sup>55</sup>, previam, respectivamente, a responsabilidade pessoal dos empregados e dos funcionários públicos pelos danos que causassem no exercício de suas funções.

O Código Civil brasileiro de 1916 consagrou, em seu artigo 15, a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade estatal. Tal dispositivo está assim redigido:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano.<sup>56</sup>

Não houve uma interpretação unânime acerca do referido artigo. Instalou-se uma divergência sobre o alcance das expressões "procedendo de modo contrário ao direito" e "faltando a dever prescrito em lei". Alguns entendiam que havia nessas expressões uma

---

<sup>54</sup> BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro, 1824. Art. 179. XXIX. "Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos."

<sup>55</sup> BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado, 1891. Art. 82 – "Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício dos seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos".

<sup>56</sup> BRASIL. **Código Civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

inclinação para a teoria objetiva dentre eles Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcante. Outros entendiam ter o artigo consagrado a teoria da culpa.<sup>57</sup> Hely Lopes Meirelles considera que o citado artigo *"nunca admitiu a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre e em todos os casos a demonstração desse elemento subjetivo para a responsabilização do Estado"*.<sup>58</sup>

O grande avanço na matéria deu-se com o advento da Carta Magna de 1946<sup>59</sup>, que consagrou a responsabilidade objetiva do Estado. E foi mantida nas Constituições que se seguiram, a de 1967<sup>60</sup> e de 1969, outorgadas no período do regime militar.

Na Constituição de 1988, a matéria está disciplinada no § 6º, do art. 37, que está assim redigido:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.<sup>61</sup>

Assim, pela simples leitura de tal artigo, verifica-se a existência de uma responsabilidade objetiva que recai sobre o Estado, sendo descabido pretender se esquivar da indenização sob a alegação da falta de culpa do agente administrativo. Desse modo, o Estado

---

<sup>57</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 225.

<sup>58</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 625.

<sup>59</sup> BRASIL. Constituição (1946) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1946. Artigo 194 – “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

<sup>60</sup> BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1967. Artigo 105: “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de dolo ou culpa”. O artigo 107 da Emenda Constitucional n.º 1 de 1967 dispõe que: “As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa e dolo.”

<sup>61</sup> BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

responde não só pelos atos comissivos de seus agentes, como também pelos casos de inércia ou falta de serviço essencial que venha a acarretar dano.

## 4.1. Fundamentos da Responsabilidade Estatal

Além dos requisitos necessários para que haja obrigação de reparar o dano existem os fundamentos da responsabilidade estatal que são hipóteses de responsabilização pelas quais são estabelecidos os vários casos ensejadores da obrigação de reparar o dano. Essa responsabilização pode decorrer de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, por parte do Estado, em que o dever de indenizar é imposto pelo princípio da legalidade e, em relação aos atos ilícitos comissivo, é também pelo princípio da igualdade, e, por comportamentos lícitos ligados a atividade do Estado que se cria situação propiciatória de dano, por exposição de terceiros (coisas ou pessoas) a risco, neste caso o dever de indenizar é contrapartida do princípio da igualdade.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 981.

## **5. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE**

São situações cujas conseqüências acabam por atenuar ou extinguir o nexo de causalidade, de forma a interferir na obrigação de indenizar o dano suportado por alguém.

Neste caso, são excludentes da responsabilidade estatal, por romperem o nexo causal entre o agir do Estado e o dano sofrido, a culpa da vítima ou de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

### **5.1. Culpa Exclusiva ou Concorrente da Vítima**

A culpa exclusiva da vítima ocorre quando a ação do agente afigura-se mero instrumento para a ocorrência do dano. Neste caso, desaparece o liame entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima. Portanto, não há o que se falar em responsabilidade do agente, uma vez que o fato gerador do dano é a conduta da vítima.

Por outro lado, tem-se a culpa concorrente quando o comportamento culposos do agente e da própria vítima concorrem para o dano. Neste caso, não há efetiva quebra do nexo de causalidade, mas apenas seu enfraquecimento. Desta forma a obrigação do agente de indenizar ficará atenuada. Haverá repartição de responsabilidades, de acordo com o grau de culpa, sendo que a indenização poderá ser reduzida à metade ou diminuída proporcionalmente, como se pode ver do julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL – ALÍNEAS “A” E “C” – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – NEGLIGÊNCIA NA SEGURANÇA DE BALNEÁRIO PÚBLICO – MERGULHO EM LOCAL PERIGOSO – CONSEQÜENTE TETRAPLEGIA – IMPRUDÊNCIA DA VÍTIMA – CULPA RECÍPROCA – INDENIZAÇÃO DEVIDA

PROPORCIONALMENTE.<sup>63</sup> (Superior Tribunal de Justiça, REsp 418713 / SP, Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 08/09/2003)

O citado precedente trata-se de um acidente ocorrido em um balneário público, com ingresso mediante pagamento, em que o recorrente ao mergulhar em um ribeirão veio a sofrer lesões na medula cervical irreversível - tetraplegia.

O Relator ao julgar o caso baseou-se na teoria da responsabilidade subjetiva, entendendo que para responsabilizar o Estado por ato omissivo é necessário que este incida em ilicitude e, ao não ter tomado medidas necessárias de segurança incorreu em culpa, ao mesmo tempo em que o recorrente, por não ter conhecimento do local, agiu imprudentemente concorrendo para a produção do dano.

Deste modo, conheceu parcialmente do recurso especial, aplicando a culpa recíproca, condenando ambos – recorrente e recorrido – ao rateio das verbas, das despesas e custas processuais em 50% (cinquenta por cento), e que cada parte arcaria com a verba honorária do respectivo patrono.

Na concorrência de culpas, com relação à divisão da indenização pelos danos sofridos, não há unanimidade na doutrina e na jurisprudência. Uma parcela entende que cada parte deve responder na proporção de sua participação para a ocorrência do prejuízo, enquanto outra defende que a indenização deve ser dada pela metade.<sup>64</sup> É de se observar que a primeira posição seja a mais coerente, pois atenta ao princípio da proporcionalidade. Estado e vítima, devem responder na medida em que contribuíram para a ocorrência do dano.

---

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 418.713 – SP. Relator Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma. Brasília, DF, 20 de maio de 2003. Publicado no DJ de 08/09/2003. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em: 10 ago. 2008.

<sup>64</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 43.

## 5.2. Fato de Terceiro

O ato praticado por terceiro, por vezes, desencadeia exclusivamente o dano, não havendo assim qualquer relação causal entre o pretendo autor (agente) do dano. Aguiar Dias, citado por Sérgio Cavalieri, define terceiro como *“qualquer pessoa além da vítima e o responsável, alguém que não tem nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado”*<sup>65</sup>.

Segundo a doutrina pátria, o fato de terceiro, para que possa romper o nexo causal, desobrigando o apontado responsável do dever de indenizar, deve conter os seguintes elementos:

1) um nexo de causalidade, isto é, que o dano se ligue ao fato de terceiro por uma relação de causa e efeito (RJTJSP, 21:50); logo, não poderá haver liame causal entre o aparente responsável e o prejuízo causado à vítima; 2) que o fato de terceiro não haja sido provocado pelo ofensor, pois a responsabilidade do ofensor será mantida se ele concorrer com a do terceiro, salvo se o ofensor provar que houve culpa exclusiva de terceiro (RJTJSP, 40:50; RT, 429:260, 523:101, 437:240; Súmula 187 do STF); 3) que o fato de terceiro seja ilícito; 4) que o acontecimento seja normalmente imprevisível e inevitável, embora não seja necessária a prova de sua *absoluta* irresistibilidade e imprevisibilidade.<sup>66</sup>

O importante é ter em mente que, havendo a prática de ato próprio, não há, em primeira análise que se imputar responsabilidade a outrem, a não ser o causador direto do dano, sendo que o fato de terceiro, como fonte de descaracterização do nexo causal, prescinde da imprevisibilidade e inevitabilidade.

---

<sup>65</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 64.

<sup>66</sup> DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º Volume. 20ª ed., revisada e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 115.



### 5.3. Caso Fortuito ou de Força Maior

A definição e até mesmo a distinção entre o *caso fortuito* e a *força maior*, é tarefa difícil, apesar de já ter sido amplamente debatida na doutrina, não se chegou a um consenso. Sérgio Cavalieri salienta que: “*O que é indiscutível é que tanto um como o outro estão fora dos limites da culpa. Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação*”.<sup>67</sup>

O *caso fortuito* constitui-se por um evento aleatório, e, desta forma, inevitável. A previsibilidade não deve ser entendida em sentido genérico, sob pena de se entender que tudo é previsível, mas sim em sentido específico, adequado ao fato concreto.

Força maior, por seu turno, representaria, mesmo que previsível, um acontecimento inevitável, por constituir um *act of god*, no dizer dos ingleses. A força maior está normalmente relacionada a fenômenos da natureza que têm relevância jurídica.

Como preceitua o insigne jurista Sérgio Cavalieri “*A imprevisibilidade, portanto, é elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior.*”<sup>68</sup> Portanto, é através desse entendimento que, para ele, consiste:

A razão pela qual a jurisprudência tem entendido que o defeito mecânico em veículo, salvo em caso excepcional de total imprevisibilidade, não caracteriza o caso fortuito, por ser possível prevê-lo e evitá-lo através de periódica e adequada manutenção. O mesmo entendimento tem sido adotado no caso de derrapagem em dia de chuva, porquanto, além de previsível, pode ser evitada pelo cuidadoso dirigir do motorista.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 65.

<sup>68</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 65.

<sup>69</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 66.

O caso fortuito e a força maior rompem o nexo de causalidade, inviabilizando a existência de uma relação lógica entre a ação do agente e o dano experimentado pela vítima. Como se tratam de causas alheias à vontade das partes, e se deflagra sem qualquer interferência do agente, o caso fortuito e a força maior não configuram qualquer liame entre a ação e o dano, não havendo como ou a quem se responsabilizar.

## 6. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS DE SEUS AGENTES

Diferentemente do que ocorre em relação às condutas comissiva estatal, não existe uma uniformidade tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras a respeito de qual teoria, subjetiva ou objetiva, aplicável no cabimento da responsabilidade do Estado nas condutas omissiva.

### 6.1. Divergência Doutrinária

Parte da doutrina que segue os argumentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, lastreados nos ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sustenta a aplicação da teoria subjetiva com base no art. 15 do antigo Código Civil aduzindo que:

Se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.<sup>70</sup>

Além do que, o ato omissivo do Estado é sempre um comportamento ilícito proveniente de negligência, imprudência ou imperícia, ou até mesmo ato proposital de violar norma que o impunha determinada obrigação. Daí se falar em culpa e dolo, modalidades da responsabilidade subjetiva.<sup>71</sup>

Celso Antônio Bandeira de Melo acrescenta que:

---

<sup>70</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 987.

<sup>71</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 987.

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada;<sup>72</sup>

Desta forma, para que se atribua ao Estado a responsabilidade por suas condutas omissivas é necessário que esteja presente o dever estatal de não permitir que o dano ocorra.

Aponta o jurista que a omissão não é causa, mas condição para que o evento ocorra. Causa é a atitude positiva que ocasiona um resultado. Condição é evento cuja ausência enseja o surgimento do dano.<sup>73</sup> Daí dizer que não há como estabelecer um nexo causal entre a omissão estatal e o dano, pois se o Estado não deu causa, não se lhe pode imputar tal dano.

Portanto se o Estado tinha a obrigação de impedir o dano e se omitiu, cometeu um ato ilícito, visto que contrariou dispositivo legal. Desta forma, seria necessária a verificação da culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou do dolo do agente público para a responsabilização estatal.

Celso Antônio Bandeira de Mello indica os acontecimentos passíveis de ocasionar responsabilidade do Estado por comportamentos omissivos ou atuação insuficiente:

- a) fato da natureza a cuja lesividade o Poder Público não obsteu, embora devesse fazê-lo. Sirva de exemplo o alagamento de casas ou depósitos por força do empoçamento de águas pluviais que não escoam por omissão do Poder Público em limpar os bueiros e galerias que lhes teriam dado vazão;
- b) comportamento material de terceiros cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e devesse fazê-lo. Cita-se, por exemplo, o assalto processado diante de agentes policiais inertes, desidiosos. Pg. 900 Celso

Vários são os doutrinadores que aderiram a esta corrente. Entre eles: Rui Stoco, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo e Maria Helena Diniz.

<sup>72</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 987.

<sup>73</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 988.

Sérgio Cavalieri Filho apoiado na monografia de Guilherme Couto de Castro aponta a necessidade de distinguir a omissão genérica do Estado e a específica para poder determinar qual das responsabilidades, subjetiva ou objetiva, aplicável. E cita trechos da obra do jurista:

Não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir.<sup>74</sup>

Entende-se que, quando o dano resulta da omissão específica do Estado, ou, em outras palavras, quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento, o Estado responde objetivamente, como nos casos de acidente com aluno de colégio público durante o período de aula e com motorista embriagado que tenha sido liberado por patrulha rodoviária.<sup>75</sup> Caso contrário o Estado responde subjetivamente.

A problemática que se vê na concepção do nobre jurista Sérgio Cavalieri é a dificuldade por parte do cidadão em demonstrar que o Poder Público podia agir, mas não o fez.

A outra parte da doutrina que defende a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado nas condutas omissivas a faz com suporte no art. 37, § 6º, da Constituição Federal que prevê que *“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, ...”*<sup>76</sup>

Ao interpretar tal artigo, Hely Lopes Meirelles assevera:

---

<sup>74</sup> In: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 231.

<sup>75</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 231.

<sup>76</sup> BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da *responsabilidade sem culpa* pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.<sup>77</sup>

Em outra passagem ele informa que a Administração ao autorizar o seu servidor a praticar alguma atividade, seja na realização de uma atividade administrativa, na guarda de um bem ou na condução de uma viatura, assume o risco de sua execução expondo:

Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.<sup>78</sup>

Desta forma, caso o agente, na realização da tarefa autorizada pela Administração, vier a ocasionar, por ação ou omissão, um dano injusto ao administrado, o Estado responde civilmente.

José de Aguiar Dias sustenta que a aplicação da teoria objetiva no Direito brasileiro se deve ao fato de ser ela a que melhor adequa à evolução da consciência jurídica que se afasta do egoísmo e da transitoriedade da *dura lex, sed lex* ou, quando não, pelas circunstâncias de fato que seriam capazes de estabelecer a presunção da responsabilidade estatal mesmo que fundada na culpa.<sup>79</sup>

Adverte ele:

Até em casos de culpa pessoal do funcionário, a análise profunda do fato levará à convicção da culpa do Estado, que terá agido mal, no mínimo, por via da

<sup>77</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 627.

<sup>78</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 628.

<sup>79</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.579.

circunstância de haver posto o agente em contato com a vítima, como que proporcionando àquele a oportunidade e talvez os meios de prejudicá-la.<sup>80</sup>

Amaro Cavalcanti, outro defensor desta teoria, citado por José de Aguiar Dias, nos seus ensinamentos falava que:

... assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa: *Quod omnes tangit ab omnibus debet supportari*.<sup>81</sup>

Toshio Mukai contesta o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello de que a omissão é condição e não causa do dano afirmando que “*as obrigações, em direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito*”. Desta forma, prossegue “*causa, nas obrigações jurídicas (e a responsabilidade civil é uma obrigação), é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer)*”. E conclui dizendo ser a omissão causa e não condição do evento asseverando que:

Em outros termos, o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é a causa e não simples condição do evento danoso. Portanto, há que se examinar, em cada caso concreto, se o evento danoso teve como causa a omissão grave de representante do Estado; se teve, a responsabilidade subjetiva do Estado (por culpa ‘in omittendo’) aparece; se não teve, isto é, se o dano ocorreu por omissão do funcionário, incapaz de ser caracterizado como causa daquele, tal omissão não gerará a responsabilidade civil do Estado.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.579.

<sup>81</sup> *In*: DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.579.

<sup>82</sup> MUKAI, Toshio. **Responsabilidade solidária da Administração por danos ao meio ambiente**. Conferência pronunciada no II Simpósio Estadual de Direito Ambiental, 11 a 13 de novembro de 1987, Curitiba, Paraná, SUREHMA.

Do mesmo modo Álvaro Lazzarini em seu texto “Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes” afirma ser a omissão causa do dano: “*Não só por ação, mas também por omissão pode ocorrer o dano suscetível de reparação civil por parte do Estado*”.<sup>83</sup> Portanto, estando fixado o liame causal entre o dano e a atividade funcional desenvolvida pelo agente, o Estado fica responsável objetivamente pela reparação do prejuízo.

## 6.2. Divergência Jurisprudencial

Desde o advento da Constituição de 1946, quando se adotou a responsabilidade objetiva, até os dias atuais observa-se uma oscilação no entendimento, entre as instâncias do judiciário, na aplicação das teorias ora expostas.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna, na maior parte de seus julgados têm-se adotado a teoria subjetiva com fundamento na *faute du service*, como se pode ver dos arestos abaixo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º.<sup>84</sup>

No julgamento citado o Relator adotou a teoria defendida pelo Ilustre Sérgio Cavalieri, onde para a responsabilização do Estado necessário se faz a distinção da omissão genérica da específica. E, em se tratando de omissão genérica, a responsabilidade do Estado é subjetiva. Para ele tratou-se de ausência do serviço com culpa genérica do serviço público,

---

<sup>83</sup> LAZZARINI, Álvaro. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes**. LEX Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Organizada e revista pela Diretoria de Divisão Técnica da Revista de Jurisprudência. R Jur TJ/SP. N. 117 ex. 2. São Paulo: LEX Editora, 1989. p. 25.

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 382.054 – RJ. Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. Brasília, DF, 03 de agosto de 2004. Publicado no DJ de 01/10/2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 15 ago. 2008.



pois o Estado devendo zelar pela integridade física do detendo não o fez. Desta maneira conheceu do recurso e deu-lhe provimento para condenar o Estado ao pagamento da indenização.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º.<sup>85</sup>

Neste precedente o mesmo Relator, aplicando a citada teoria, deixou de condenar o Estado visto não haver nexo de causalidade entre o dano causado e a ação omissiva atribuída ao poder público. O interessante a se observar é que, para a teoria subjetiva defendida pelo Doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, a omissão não é causa direta e sim condição do dano. Sendo assim não há como pretender que haja nexo de causalidade entre a omissão e o dano, como quer o Relator ao assim afirmar: *“A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.”*<sup>86</sup>

No julgado abaixo, verifica-se que o nexo de causalidade foi analisado entre a culpa do agente e a ação de terceiro, estando mais de acordo com um dos fundamentos da teoria subjetiva. O liame está no dever de agir do agente que ao não fazê-lo permitiu, de maneira culposa, a ocorrência do dano.

Responsabilidade civil do Estado, por dano causado por terceiro, em razão de negligência culposa de agente público: recurso extraordinário: descabimento: questão de natureza infraconstitucional ou que demanda reexame de fatos e provas. Acertado, definitivamente, nas instâncias de mérito, a existência de omissão ou de negligência

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 369.820 – RS. Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. Brasília, DF, 03 de agosto de 2004. Publicado no DJ de 01/10/2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 15 ago. 2008.

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 369.820 – RS. Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. Brasília, DF, 03 de agosto de 2004. Publicado no DJ de 01/10/2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 15 ago. 2008.

culposa do agente público, nas circunstâncias do caso e o nexo de causalidade entre a sua culpa e a ação do terceiro, a questão ou é de ser resolvida à luz do regime da responsabilidade subjetiva, de natureza infraconstitucional, ou demanda o reexame de toda a matéria de fato e das provas dos autos, inviáveis no extraordinário.<sup>87</sup>

Muito embora o STF tenha adotado a teoria subjetiva nas condutas omissiva observa-se que nos casos de maior gravidade como no caso da aluna que foi ferida pela colega numa escola pública, têm-se mudanças de posicionamento pela objetivação da responsabilidade Estatal. Veja-se:

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.<sup>88</sup>

O Ministro Relator, ao julgar o citado aresto, baseou-se na teoria do risco administrativo, consagrada no texto constitucional de 1946 e nas Constituições posteriores que confere fundamento para adotar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto por ação quanto por omissão, pelos danos a que seus agentes houveram dado causa.

Apontou o ilustre Magistrado que:

Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário* nº 235.524 – AC. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma. Brasília, DF, 03 de junho de 2004. Publicado no DJ de 20/08/2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 ago. 2008.

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 109.615 – RJ. Relator Ministro Celso de Mello, 1ª Turma. Brasília, DF, 28 de maio de 1996. Publicado no DJ de 02/08/1996. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 ago. 2008.

causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417).<sup>89</sup>

Do mesmo modo, o Ministro Ilmar Galvão, no julgamento abaixo, manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que aplicou a teoria da responsabilidade objetiva em decorrência de danos causados por omissão Estatal no cumprimento de ordem judicial, ao não enviar força policial em imóvel particular invadido, condenando o Estado a indenizá-lo.

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE.<sup>90</sup>

No agravo de instrumento nº 375277 / DF interposto pelo Distrito Federal contra decisão que indeferiu o processamento do Recurso Extraordinário contra acórdão do TJDF que reconheceu sua responsabilidade objetiva pela morte de menor em sala de aula, o Ministro Cezar Peluso adotando os fundamentos do julgado, em que foi relator o Ministro Celso de Mello, referente a dano causado a aluno por outro aluno igualmente matriculado na rede pública, e com base no art. 557, do CPC, negou seguimento ao agravo.<sup>91</sup>

De igual maneira, em recentes julgados: RE-AgR 573595, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 24/06/2008; RE 409203, Rel. para o Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa, DJ 20/04/2007 e

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 109.615 – RJ. Relator Ministro Celso de Mello, 1ª Turma. Brasília, DF, 28 de maio de 1996. Publicado no DJ de 02/08/1996. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 ago. 2008.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 283.989 – PR. Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma. Brasília, DF, 28 de maio de 2002. Publicado no DJ de 13/09/2002. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 ago. 2008.

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento* nº 109.615 – RJ. Relator Ministro Cezar Peluso, 1ª Turma. Brasília, DF, 15 de outubro de 2004. Publicado no DJ de 29/11/2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 ago. 2008.

RE-AgR 481110, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 09/03/2007, adotou-se a responsabilidade objetiva do Estado no tocante aos atos omissivos. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>92</sup>

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão.

Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro.

Recurso extraordinário desprovido.<sup>93</sup>

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO – PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO - NÃO-COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL -

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Recurso Extraordinário* nº 573.595 – RS. Relator Ministro Eros Grau, 2ª Turma. Brasília, DF, 24 de junho de 2008. Divulgado no DJe de 14/08/2008. Publicado em 15/08/2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 ago. 2008.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 409203 – RS. Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. Brasília, DF, 07 de março de 2006. Publicado no DJ em 20/04/2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 ago. 2008

IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "*eventus damni*" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva Imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes.

- O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o "*eventus damni*", sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido.

- A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes.

- Não se revela processualmente lícito reexaminar matéria fático-probatória em sede de recurso extraordinário (RTJ 161/992 - RTJ 186/703 - Súmula 279/STF), prevalecendo, nesse domínio, o caráter soberano do pronunciamento jurisdicional dos Tribunais ordinários sobre matéria de fato e de prova. Precedentes.

- Ausência, na espécie, de demonstração inequívoca, mediante prova idônea, da efetiva ocorrência dos prejuízos alegadamente sofridos pela parte recorrente.

Não-comprovação do vínculo causal registrada pelas instâncias ordinárias.<sup>94</sup>

Como se vê uns inclinam-se pela adoção da teoria da responsabilidade subjetiva, enquanto outros pela responsabilidade objetiva. No entanto, verifica-se que um mesmo Ministro, dependendo do caso concreto, posiciona ora numa ora noutra teoria, como é o caso das decisões prolatadas no RE 296569 / SE e no AI 400336 / RJ.

O Superior Tribunal de Justiça também tem adotado a responsabilidade subjetiva nas condutas omissivas Estatal. E por ter tal responsabilidade regime de natureza infraconstitucional – com fundamento no art. 15 do antigo Código Civil – é este Tribunal competente para fazer uma interpretação uniforme e primar pelo cumprimento de tais normas.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Recurso Extraordinário* nº 481.110 – PE. Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma. Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2007. Publicado no DJ em 09/03/2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 ago. 2008.

Mesmo com o advento do Código Civil de 2002, prevalece o entendimento pela subjetivação da responsabilidade do Estado nas condutas omissivas. Como se pode ver dos arestos abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. OMISSÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7-STJ.

1. Caracterizado o ato ilícito ensejador da possível responsabilidade civil estatal em sua modalidade omissiva, faz-se necessária a verificação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do ente público.
2. A seu turno, também a aplicabilidade do princípio da reserva do possível requer considerações sobre a situação econômico-financeira do ente público envolvido.
3. Essas duas ordens de investigação importam em detida análise da situação de fato por que passa o ente público - seja em relação à administração, seja em relação às finanças -, esbarrando, portanto, no óbice da Súmula 7 deste Tribunal.
3. Agravo regimental não-provido.<sup>95</sup>

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA DEMONSTRADA NA ESPÉCIE. ACIDENTE DE VEÍCULOS EM CRUZAMENTO. SEMÁFORO DEFEITUOSO. CULPA CONCORRENTE DO MUNICÍPIO E DO MOTORISTA QUE TRAFEGAVA NA VIA EM QUE O SINAL ESTAVA INOPERANTE. AUSÊNCIA DE CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE TRANSITAVA PELA RUA EM QUE O SEMÁFORO ESTAVA VERDE.<sup>96</sup>

Trata o último aresto de acidente em cruzamento no qual um dos semáforos estava defeituoso sem que estivesse no local qualquer informação a esse respeito.

O Relator, com base na teoria da responsabilidade subjetiva, condenou o Município ao pagamento de indenização por danos materiais ao motorista que trafegava na via em que o semáforo estava dando condições de passagem – sinal verde – pois entendeu que aquele por não indicar o defeito no semáforo foi omissivo e não ficou caracterizada a culpa deste. Com

---

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento* nº 1.014.339 – MS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma. Brasília, DF, 21 de agosto de 2008. Publicado no DJ de 24/09/2008. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em: 30 set. 2008.

<sup>96</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 716.250 – RS. Relator Ministro Franciulli Netto, 2ª Turma. Brasília, DF, 21 de junho de 2005. Publicado no DJ de 12/09/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em: 20 ago. 2008.

relação ao motorista que estava trafegando na via em que o semáforo estava inoperante, manteve o entendimento do Tribunal de origem que caracterizou a culpa concorrente do Município e do condutor do veículo. Do Município por não informar o defeito existente, do motorista por estando o semáforo inoperante, não ter agido com cautela.

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM BURACO (VOÇOROCA) CAUSADO POR EROSÃO PLUVIAL. MORTE DE MENOR. INDENIZAÇÃO. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA.<sup>97</sup>

O Precedente acima trata de morte de menor causada por soterramento em erosão de via pública. O Tribunal *a quo* entendeu não ter havido negligência do Poder Público Municipal vez que tomou medidas de proteção, não ficando, portanto, demonstrado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a omissão do Município. Já o Relator ao julgar o recurso adotou o Parecer Ministerial com base na responsabilidade subjetiva reconhecendo a negligência do Município ao não adotar medidas de segurança satisfatórias a impedir o trágico acidente. Desta forma reformou o acórdão recorrido restabelecendo a sentença de primeiro grau para condenar o Município a indenizar.

O mesmo Relator ao julgar REsp 604.725 / PR que tratou de dano causado ao meio ambiente, aplicou o art. 3º da Lei nº 6.938/81 que prevê que o poluidor, ainda que indireto, é obrigado indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente independente de culpa, portanto responsabilidade objetiva. Veja-se:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE.

---

<sup>97</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 135.542 – MS. Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma. Brasília, DF, 19 de outubro de 2004. Publicado no DJ de 29/08/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em: 20 ago. 2008.



LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.<sup>98</sup>

Desta maneira, inferi que esta corte só atribui a responsabilidade objetiva por condutas omissivas nos casos em que existam leis especiais a indicar, explicitamente, a natureza objetiva da responsabilidade nas condutas omissiva.

Já nas instâncias ordinárias prevalece o entendimento de que mesmo nas condutas omissivas a responsabilidade Estatal é de natureza objetiva. Como se pode ver dos acórdãos abaixo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - SUS - LAUDO PERICIAL - NEGLIGÊNCIA MÉDICA - DIREITO À INDENIZAÇÃO - HONORÁRIOS FIXADOS EM VALOR REDUZIDO - MAJORAÇÃO - PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DA AUTORA - NÃO-PROVIMENTO AO RECURSO DO DISTRITO FEDERAL E À REMESSA OFICIAL - UNÂNIME.

(...)

3 - DEMONSTRADA A DESÍDIA MÉDICA EM HOSPITAL PÚBLICO DE SAÚDE, RESPONSABILIZADA ESTÁ ADMINISTRAÇÃO, VEZ QUE RESPONDE DE FORMA OBJETIVA POR ATOS DE SEUS AGENTES, CONFORME PRECEITUA A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. (ART. 37, § 6º DA CF)  
(...).<sup>99</sup>

No mesmo sentido:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - APLICABILIDADE DO ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - OMISSÃO - EVENTO MORTE POR LATROCÍNIO - NEXO CAUSAL PRESENTE - INDENIZAÇÃO CABÍVEL - DANOS MATERIAIS EM VIRTUDE DO HOMICÍDIO (ART. 1537, INC. II, CÓD. CIVIL ANTERIOR) - PENSIONAMENTO DE 2/3 DE UM SALÁRIO MÍNIMO DEVIDO DESDE O EVENTO DANOSO ATÉ A IDADE EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 25 ANOS - ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE - DANO MORAL FIXADO AO 'ARBITRIUM BONI VIRI'- DISPENSÁVEL A PROVA DO SOFRIMENTO INTERIOR PELA PERDA DE UM FILHO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO - ART. 20, § 4º, DO CPC.

1) A responsabilidade civil do Estado decorre de preceito constitucional que adotou a teoria do risco administrativo pela ação ou omissão de seus agentes.

(...)<sup>100</sup>

<sup>98</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 604.725 – PR. Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma. Brasília, DF, 21 de junho de 2004. Publicado no DJ de 22/08/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em: 20 ago. 2008.

<sup>99</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* nº 20010111196315 / DF, Relator Des. João Mariosa, DJU 30/08/2005 pg. 1115. Disponível em <http://www.tjdf.gov.br/>. Acesso em: 22 ago. 2008.



Como se vê, tais tribunais, doutrinariamente, visam a promover a justiça, buscando uma maior proteção aos direitos do cidadão perante o Poder Público.

### **6.3. Considerações acerca da natureza objetiva da responsabilidade do Estado por atos omissivos**

A responsabilidade objetiva do Estado tem previsão constitucional, consoante se infere da redação disposta no art. 37, § 6º, Constituição Federal: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”.<sup>101</sup>

Portanto, seria impróprio, como querem alguns doutrinadores, requerer que, em casos de condutas omissivas, o Estado se esquive da indenização sob a alegação da falta de culpa do agente administrativo, atribuindo-o uma responsabilidade subjetiva que há muito não atende aos anseios sociais.

João Agnaldo Donizati Gandini e Diana Paola da Silva Salomão bem ponderaram sobre o assunto em sua monografia “A Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva”:

Entender-se que o legislador brasileiro, muito bem informado, à época, da evolução do instituto, teria recuado no tempo, no que tange à omissiva, aos tempos da culpa civilística ou da *faute du service*, seria demasiado. Aliás, a responsabilidade objetiva já vinha consagrada no direito brasileiro desde a Constituição Federal de 1946 (art. 194). Por que, então, o legislador constitucional, ao invés de avançar, teria preferido

---

<sup>100</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível e Reexame Necessário* nº 166354-7 / PR, Relator Desembargador Bonejos Demchuk, 2ª Câmara Cível, DJ 04/05/2005. Disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/>. Acesso em: 22 ago. 2008.

<sup>101</sup> BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

recuar, distinguindo as duas condutas? Qual o fundamento, legal e político, para a distinção?.<sup>102</sup>

Diante de tais questionamentos conclui-se ser um disparate a adoção da teoria subjetiva visto que o legislador constitucional, ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor primou por uma maior proteção ao consumidor reconhecendo sua vulnerabilidade de forma objetiva, admitindo ainda, em certos casos, e a critério do juiz sua hipossuficiência, garantindo-lhe, neste último caso, a possibilidade da inversão do ônus da prova.

Portanto ao invés de recuar, houve um avanço. Incluiu as pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores, visto que o Estado, em seu dever de promover o bem-estar da população, é um prestador de serviços em grande escala, sendo alguns deles essenciais, como a saúde, a educação, a segurança pública etc.

Outro ponto a se observar é que a responsabilidade subjetiva é adotada com base no art. 15 do Código Civil de 1916 como se pode ver: *“As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”*

Com a Constituição de 1988, art. 37, § 6º, e posteriormente o Código Civil de 2002, art. 43, não estaria tal artigo revogado? Há doutrinadores que entende que não, como é o caso da insigne doutrinadora Maria Helena Diniz que diz ter sido ele modificado em parte pelo art. 37, § 6, da CF/88.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A Responsabilidade Civil do Estado por Condutas Omissivas**. LEX Coletânea de Legislação e Jurisprudência. LEX Jur/STF v. 25, nº 296, ex. 2. São Paulo: LEX Editora, 2003. p. 31.

<sup>103</sup> DINIZ, Maria Helena. In: GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A Responsabilidade Civil do Estado por Condutas Omissivas**. LEX Coletânea de Legislação e Jurisprudência. LEX Jur/STF v. 25, nº 296, ex. 2. São Paulo: LEX Editora, 2003. p. 31.

Veja-se que o art. 37, § 6º, da CF/88, não traz nenhum subsídio que deduz à adoção da subjetividade da responsabilidade Estatal. Tampouco o art. 43 do CC/2002, que praticamente é a repetição deste artigo: *“As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”*<sup>104</sup>

Portanto não há como introduzir o elemento culpa nos casos de omissão do Estado para a caracterização de sua responsabilidade. Se assim fosse, estaria fazendo distinção onde a Constituição não faz. Ao prevê que *“... pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros ...”* estaria aí inserido tanto as condutas comissivas quanto as condutas omissivas.

Sabe-se que o aplicador do direito não pode ficar preso à literalidade da lei. No entanto, seria necessário sopesar os métodos de interpretação existentes adaptando-os e complementando-os de maneira a evitar os abusos e extremismos sob pena de cometer injustiças e desigualdades.

A conquista da responsabilidade objetiva estatal tem por objetivo assegurar a igualdade, o bem-estar e a justiça social visado pelo Estado Democrático de Direito. Desta forma, perquirir o elemento “culpa” para a configuração da responsabilidade estatal, seria restabelecer a situação de desigualdade da vítima do serviço público danoso perante o Todo Poderoso. E, conseqüentemente, resultaria num retrocesso na evolução da responsabilidade civil do Estado.

Verifica-se também que, a doutrina adotada pelos magistrados que entendem ser de natureza subjetiva a responsabilização Estatal por atos omissivos é a defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello. No entanto, observa-se que em determinados julgados situações

---

<sup>104</sup> BRASIL. **Código Civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

em que o próprio doutrinador aponta ser a responsabilidade do Estado de natureza objetiva e ao julgá-los os magistrados adotou a teoria subjetiva, como se pode vê dos julgados abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL, ACIDENTE DE TRÂNSITO. CHOQUE DE VEÍCULOS COM ANIMAL EM RODOVIA ADMINISTRADA PELO D.E.R. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. FUGA DE ANIMAL DO DEPÓSITO DA PREFEITURA, CULPA ANÔNIMA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. 1- TRATANDO-SE DE ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO, A RESPONSABILIDADE CIVIL É SUBJETIVA, PELO QUE EXIGE DOLO OU CULPA NUMA DE SUAS TRÊS VERTENTES: NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA OU IMPRUDÊNCIA, NÃO SENDO, ENTRETANTO, NECESSÁRIO INDIVIDUALIZÁ-LA, DADO QUE PODE SER ATRIBUÍDA AO SERVIÇO PÚBLICO, DE FORMA GENÉRICA, A FAUTE DE SERVIÇO. 2- O SERVIÇO DEFEITUOSO GEROU A OMISSÃO QUE DEU CAUSA AO ACIDENTE E AOS DANOS SUPOSTOS PELA AUTORA, DEVENDO SER REPARADO PELO ENTE PÚBLICO. 3- NULIDADE DA EXECUÇÃO, POR ENCONTRAR ÓBICE PROCESSUAL INTRANSPONÍVEL, JÁ QUE A SENTENÇA EXEQUENDA NÃO FOI SUBMETIDA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. 4- A OMISSÃO DO JULGADO, REFERENTE AOS DIREITOS AO NASCITURO, JÁ FOI OBJETO DE APRECIACÃO POR ESTE ÓRGÃO JULGADOR NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 17379/2002. SENTENÇA MANTIDA.<sup>105</sup>

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º.<sup>106</sup>

São situações em que, para Celso Bandeira, o Estado produz sendo propícias para a ocorrência do dano. Neste caso a ação danosa não é realizada pelo agente do Poder Público, mas o comportamento positivo do Estado é causa decisiva à eventualidade de um dano. Desta maneira por criar tais situações fica este responsabilizado objetivamente. Veja-se:

Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do

<sup>105</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* nº 2004.009.01095 / RJ. Relator Desembargador Antônio Saldanha Palheiro, 2ª Câmara Cível, julgamento: 17/08/2005. Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br/>. Acesso em: 25 ago. 2008.

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 382.054 – RJ. Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. Brasília, DF, 03 de agosto de 2004. Publicado no DJ de 01/10/2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 15 ago. 2008.

Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva.<sup>107</sup>

Aponta o insigne doutrinador algumas hipóteses em que, caso ocorresse o dano, o Estado estaria obrigado a indenizar, veja-se: *“O caso mais comum, embora não único (como ao diante se verá), é o que deriva da guarda, pelo Estado, de pessoas coisas perigosas, em face do quê o Poder Público expõe terceiros a risco.”*<sup>108</sup> E o mesmo exemplifica:

O assassinato de um presidiário por outro presidiário; os danos nas vizinhanças oriundos de explosões em depósito militar em decorrência de um raio; lesões radioativas oriundas de vazamento em central nuclear cujo equipamento protetor derrocou por avalanche ou qualquer outro fenômeno da natureza etc.<sup>109</sup>

Nota-se que em determinadas hipóteses o doutrinador adota a teoria do risco integral, como é o caso da explosão do paiol em que estavam armazenadas munições de guerras, mesmo que tenha sido provocada por um raio (força da natureza) a responsabilidade do Estado estará configurada. Isto é, ao Estado não é dada à oportunidade de se recorrer as excludentes do nexo de causalidade, como no citado exemplo – força maior, para esquivar da responsabilidade.

Há ainda doutrinadores que acham que, atribuir a responsabilidade objetiva ao Estado por condutas omissivas, seria elevá-lo a condição de segurador universal. Isso seria também um contra-senso, tendo em vista a possibilidade da exoneração ou da atenuação da responsabilidade objetiva do Estado pela existência de causas excludentes do nexo de causalidade.

---

<sup>107</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 991-992.

<sup>108</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 992.

<sup>109</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 992.

## 7. CONCLUSÃO

A presente monografia teve como ponto central a análise da questão da responsabilidade civil do estado por condutas omissivas de seus agentes que venham a resultar dano para os seus administrados.

Trata-se de tema amplo e de difícil abordagem, dada a sua complexidade e os diversos aspectos que o envolvem. Buscou-se, então, de forma modesta, fazer uma abordagem destinada a destacar alguns aspectos controvertidos e que têm merecido a atenção da doutrina e na jurisprudência pátria.

Como apontado, a responsabilidade civil do Estado evoluiu desde a total irresponsabilidade, passando-se depois por uma fase em que era obrigado a ressarcir os prejuízos com base na teoria subjetiva da culpa, e posteriormente, com fundamento na responsabilidade objetiva sem perquirir o elemento culpa.

A atual Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, consagra a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos que seus agentes causarem a terceiros, em que, para restar configurada a responsabilidade estatal basta verificar o nexo causal entre o ato do agente e o dano sofrido por terceiro.

É entendimento pacífico no ordenamento jurídico brasileiro que o Estado no exercício da atividade pública pode vir a causar danos aos seus administrados, seja através de atos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, gerando-lhe o dever de reparar tais prejuízos.

Os danos causados aos administrados por suas condutas comissivas são de natureza objetiva. Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto a esta afirmativa. No entanto, com relação aos danos provenientes da inação Estatal, ou seja, de sua conduta omissiva, não existe uma uniformidade de pensamento.

Doutrinadores há que propugnam a adoção da responsabilidade subjetiva, com base na teoria da culpa do serviço, devendo-se provar que a ausência ou demora injustificada do serviço foi fator decisivo para a ocorrência do dano, com base nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Aponta aquele doutrinador que a omissão não é causa direta, mas condição para a ocorrência do dano. “Causa” é a atitude positiva que ocasiona um resultado. “Condição” é evento cuja ausência enseja o surgimento do dano. Daí dizer que não há como estabelecer um nexo causal entre a omissão estatal e o dano, pois se o Estado não deu causa, não se lhe pode imputar a responsabilidade pelo dano.

A outra parte da Doutrina que entende ser objetiva a responsabilidade do Estado nas condutas omissivas o faz nos moldes do art. 37, § 6º, da CF, com base na teoria do risco administrativo, em que se deve perquirir a relação de causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido por terceiro, para restar configurada a responsabilidade estatal.

No entanto, na adoção da responsabilidade objetiva, na modalidade de risco administrativo, admite-se as hipóteses de excludentes da responsabilidade estatal, como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima; e ainda atenuantes dessa responsabilidade, no caso da concorrência da vítima para o advento do dano.

Portanto, atribuir a responsabilidade objetiva aos atos omissivos estatais, não seria de modo algum elevá-lo à condição de “segurador universal”, como querem alguns doutrinadores.

A jurisprudência pátria ora propende pela adoção da teoria subjetiva, ora pela teoria objetiva. Mas, em determinados casos – que envolvem maior gravidade – o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, tem adotado a teoria objetiva.

A conquista da responsabilidade objetiva estatal tem por objetivo assegurar a igualdade, o bem-estar e a justiça social visados pelo Estado Democrático de Direito. Desta

forma, perquirir o elemento “culpa” para a configuração da responsabilidade estatal, seria restabelecer a situação de desigualdade da vítima do serviço público danoso perante o Todo Poderoso. E, conseqüentemente, resultaria num retrocesso na evolução da responsabilidade civil do Estado.

Assim, de tudo o que foi exposto, a melhor doutrina aplicável às condutas omissivas, que atende ao Estado de Direito é, sem dúvida, a teoria objetiva, eis que, em nossa sociedade atual, o Estado está sujeito às mesmas regras a que estão submetidos os particulares, desta forma visa dar um tratamento isonômico entre o ente estatal e o administrado.

E é assim para que o lesado não tenha que produzir prova muitas vezes impossível de se obter, e para que o Estado aja com mais cautela, melhorando a prestação e a qualidade dos seus serviços, bem como a qualificação dos seus agentes.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º Volume. 20ª ed., revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A Responsabilidade Civil do Estado por Condutas Omissivas**. LEX Coletânea de Legislação e Jurisprudência. LEX Jur/STF v. 25, nº 296, ex. 2. São Paulo: LEX Editora, 2003. p. 31

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

LAZZARINI, Álvaro. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes**. LEX Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Organizada e revista pela Diretoria de Divisão Técnica da Revista de Jurisprudência. R Jur TJ/SP. N. 117 ex. 2. São Paulo: LEX Editora, 1989

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MUKAI, Toshio. **Responsabilidade solidária da Administração por danos ao meio ambiente**. Conferência pronunciada no II Simpósio Estadual de Direito Ambiental, 11 a 13 de novembro de 1987, Curitiba, Paraná, SUREHMA.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade Civil e o novo Código Civil**. 2 ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. V. 4. Responsabilidade civil. 20 ed. revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Código Civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 56 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais. Rio de Janeiro, 1824.

BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado, 1891.

BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado: 1967.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

## REPOSITÓRIO JURISPRUDENCIAL

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. <http://www.stj.gov.br/SCON/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. <http://www.tjdf.gov.br/>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. <http://www.tj.pr.gov.br/>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. <http://www.tj.rj.gov.br/>.